ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

UMA ABORDAGEM ACERCA DOS PRINCIPAIS CRITÉRIOS BALIZADORES DO DIREITO ANTITRUSTE: EFICIÊNCIA E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

APPROACH ABOUT THE MAIN CRITERIA THAT SUPPORTS THE ANTITRUST LAW: CONSTITUTIONAL PRINCIPLES AND EFFICIENCY

Fernando Henrique Dantas de Araújo Silva *
Otacílio dos Santos Silveira Neto **

RESUMO: O direito concorrencial ganha fôlego no Brasil a partir das reformas liberalizantes da década de 1990. A promulgação da Lei 8884/95 é marco para o ressurgimento desse ramo jurídico no país. Ela traz uma série de critérios, em que o principal deles é o da eficiência, que devem balizar a análise dos juristas, e juntamente com os princípios constitucionais que se aplicam à área se constituem nos principais instrumentos e objetivos que o aplicador do direito concorrencial deve valer-se na sua tarefa.
Palavras-chave: Antitruste. Eficiência. Princípios constitucionais.

ABSTRACT: The antitrust law began to develop in Brazil after the liberal reforms from the decade of 1990. The adoption of the Law 8884/95 is the touchstone for the rebirth of this legal branch in the country. It brings back a series of criteria, in which the main one is the principle of efficiency that ought to guide the legal analysis and, along with the constitutional principles that are applicable to the area, represent the main tools that the jurist of the antitrust law should use on his duty.
Keywords: Antitrust. Efficiency. Constitutional Principles.

* Acadêmico do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Natal – Rio Grande do Norte – Brasil.
** Doutorando em Direito Público da Universidade de Zaragoza. Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Natal – Rio Grande do Norte – Brasil.

1 INTRODUÇÃO

Durante muito tempo o direito antitruste foi colocado em terceiro ou até quarto plano no Brasil, sendo sempre veladamente ignorado em favorecimento a políticas industriais do governo, como foi a política de substituição de importações que ganhou força a partir de meados do século passado. Nessa esteira, era incentivada a concentração empresarial como motor para o crescimento nacional, também havia um forte protecionismo e políticas de privilégios que impedia que existisse um ambiente concorrencial no território nacional.

A partir da década de 1990, esse cenário começa a mudar em decorrência da liberalização da economia nacional visando à inserção do país no processo de globalização econômica. Dentro dessa conjuntura é promulgada a lei 8.884/95, que representa grandes avanços na política nacional de defesa da concorrência.

Este trabalho tem por escopo fazer uma análise no sentido de apontar quais os critérios que devem balizar a ação do direito antitruste e de seus aplicadores. Começará examinando e defendendo a aplicação do critério da eficiência, que guarda forte relação com a tradição do direito norte-americano, mas que muitas vezes é alvo de repulsa no país por, supostamente, representar uma fuga à aplicação da justiça no Direito.

Dentro desse contexto, mostrar-se-á a doutrina da Law and Economics, que propõe uma aproximação do direito com a economia e que é fundamental para análises antitruste.

Por último, pretende-se examinar quais os critérios estão plasmados na Constituição Federal que, portanto, são fundamentais em qualquer análise jurídica a partir do momento que a Constituição e seus princípios forem tomados como bases do sistema jurídico.

2 DELIMITAÇÃO DO TEMA E ABORDAGEM INICIAL ACERCA DO DIREITO ANTITRUSTE

O tema que essa pesquisa se propõe a analisar, o direito da concorrência, não costuma estar inserido no cotidiano das preocupações da maioria

dos juristas, e isso é reflexo da omissão das grades curriculares de grande parte das universidades.

Apesar disso, o direito da concorrência mostra-se de grande importância quando observamos a influência que ele tem na vida de todos os consumidores e dos empresários, sobremaneira após as reformas ocorridas na década de 1990, que foram responsáveis por mudar a forma de ação do Estado brasileiro na economia.

Voltaremos em momento adiante a tratar da reforma do Estado brasileiro, mas agora vamos nos deter neste breve relato introdutório acerca do direito da concorrência, por meio do qual se deseja trazer uma visão geral sobre o tema, possibilitando ao leitor localizar-se neste complexo campo do Direito.

O direito da concorrência ou direito antitruste surgiu nos EUA no final do século XIX, e para mais precisamente em 1890, com o *Sherman Act* (Lei Sherman). Para entender os motivos da promulgação dessa lei é preciso analisar o contexto norte-americano à época.

Nos EUA sempre existiu uma mentalidade capitalista muito forte de valorização da livre iniciativa, daí haver uma aversão a qualquer forma de monopolização, pois restringia a concorrência, impossibilitando novos empreendedores de obterem sucesso no mercado.

Em decorrência da Revolução Industrial passam a ser necessárias fortes inversões de capital em tecnologia, o que acaba por ocasionar concentrações empresariais em vários setores. O setor petrolífero é emblemático nesse contexto. Houve um forte processo de concentração no setor, onde a Standard Oil, liderada por John Rockefeller, monopolizava o setor petrolífero após um processo de aquisição da quase totalidade das empresas do setor.

Enfim, pode-se perceber que essa nova realidade entra totalmente em choque com a tradição econômica norte-americana, portanto, não demorou muito para aparecerem resistências aos *trusts*. FORGIONI (2005) expõe que essa reação veio capitaneada pelos agricultores, que deflagraram intensa campanha publicitária apontando as práticas imorais levadas a cabo para a criação de monopólios. Assim, a campanha presidencial de 1888 teve como tônica a promessa de combate aos *trusts*, o que levou as discussões para a criação do *Sherman Act*, promulgada em 1890.

Essa lei dispunha, logo em sua primeira seção, a proibição expressa

de qualquer forma de concentração empresarial restritiva ao comércio[1], ou seja, valoriza a concorrência como um fim em si mesmo, e adota o modelo de concorrência atomizada como o ideal do capitalismo americano.

A primeira decisão da Suprema Corte americana baseada no *Sherman Act* foi tomada em 1911, ordenando a dissolução da *Standard Oil*. SALOMÃO FILHO (1998) nota que essa decisão foi tomada fundamentada unicamente no fato da empresa em questão deter 90% de controle sobre a indústria petrolífera. Não foi analisado se o monopólio era natural, ou seja, se a Standard Oil monopolizou mercado por causa de sua eficiência frente aos concorrentes, ou se utilizou de práticas ilícitas para chegar a esse patamar.

Nesse primeiro momento, portanto, o direito antitruste estava voltado para evitar as concentrações de grupos empresariais, pois os trustes eram vistos como extremamente danosos às estruturas do mercado concorrencial. Ou seja, a existência de grandes empresas que enfeixavam grande poder econômico era responsável por cercear as possibilidades dos demais agentes privados investirem em negócios naquele setor dominado por um truste e, em consequência da impossibilidade de se estabelecer a concorrência o sistema de mercado, que é a base do capitalismo, ficava comprometido.

A preocupação com a limitação a concentrações empresariais é o objeto de estudo da área do direito da concorrência que estuda as estruturas de mercado e tem caráter preventivo.

Posteriormente, foi observado que o direito da concorrência deveria se preocupar também com as práticas de condutas desleais, pois mesmo em um mercado atomizado as empresas poderiam adotar condutas que prejudicassem os demais agentes, trazendo prejuízos para a concorrência.

Desta forma, além da proteção às estruturas do mercado, também se tornou objeto da legislação concorrencial a restrição e punição a condutas desleais. A primeira forma de ação do direito concorrencial caracteriza sua função preventiva, onde os órgãos responsáveis pela defesa da concorrência analisam os atos de concentração e dão a permissão ou não para sua efetivação. Já a segunda forma de ação caracteriza-se por uma ação repressiva, pois o órgão responsável só entra em ação a partir do momento que for observada a prática de atitudes de concorrência desleal.

1 Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal.

Os dois campos são totalmente interrelacionados, contudo, para fins didáticos, costuma-se dividir o estudo do direito concorrencial em dois ramos: o controle das estruturas e o controle das condutas.

No Brasil, historicamente as atenções voltaram-se para a análise das condutas, principalmente em decorrência do caráter penalístico que marcou o início da legislação brasileira sobre o tema. Assim, são escassas as pesquisas jurídicas que se aventuram no tema do controle das estruturas, que é o campo que essa pesquisa buscou explorar.

3 SURGIMENTO DO ESTADO REGULADOR E FORTALECIMENTO DO DIREITO ANTITRUSTE

Para compreender o fortalecimento ocorrido nas políticas de defesa da concorrência no Brasil é preciso entender as mudanças que alteraram a forma de ser do Estado, que deixou de ser caracterizado como keynesiano para se transformar em um Estado Regulador.

Após a quebra de bolsa de Nova Iorque, em 1929, o mundo passa por uma forte mudança no setor econômico e no político, pois o modelo econômico liberal adotado nos EUA até então se mostrou extremamente frágil, visto que a omissão total do Estado na economia foi apontada como um fator decisivo para a grande crise. Assim, surge como alternativa ao modelo liberal então vigente, as ideias de Keynes, economista inglês que propugnava que o Estado devia ser visto não como vilão, mas como agente necessário para o desenvolvimento capitalista.

É então que surge um novo paradigma para a ação estatal, a de uma assunção de uma responsabilidade cada vez maior para o crescimento econômico, levando a um aumento na intervenção na economia. Nos EUA, essa maior participação se dá, principalmente, através da intensificação do uso de mecanismos de *regulation,* que é a intervenção indireta na economia através do controle da conduta dos agentes econômicos. Já na Europa, a intervenção tinha um caráter direto, ou seja, foram criadas empresas estatais para atuar diretamente na economia, prestando serviços públicos ou mesmo outras atividades consideradas de maior importância para o desenvolvimento do sistema capitalista. Nos EUA, também houve intervenção

direta, contudo, se deu em menor escala em relação à Europa, e ao próprio modo de intervenção indireta no país.

É a essa forte intervenção do Estado na economia, que pode dar-se de forma indireta ou direta, e que é marca do século XX, que se dá o nome de Estado keynesiano. Importante notar que nesse mesmo período observou-se o surgimento do Estado de bem-estar, que, entretanto, não se identificam. O Estado keynesiano é marcado principalmente pela intervenção na economia, já o de bem-estar caracteriza-se por ações voltadas ao melhoramento das condições sociais da sociedade, através de políticas públicas voltadas à concretização dos direitos sociais. No Brasil, esse paradigma também prevaleceu durante longo período. Aqui, aproximamo-nos mais do modelo europeu através da criação de inúmeras estatais em quase todos os setores da economia. Assim, tivemos a criação da Petrobras, CSN, Eletrobrás, Telebrás, Vale do Rio Doce, de inúmeros bancos públicos, obras faraônicas como a hidrelétrica de Itaipu, etc.

A partir da década de 1980 há o fortalecimento do fenômeno da globalização econômica, que, para alguns, já existe há muito tempo, contudo não cabe a esse texto tal discussão. É importante observar que a globalização contemporânea foi marcada por sua concomitância com a revolução nas tecnologias de informação, que levam à superação sem igual das fronteiras de tempo e de espaço, permitindo uma integração muito forte em nível mundial.

Conforme expõe FARIA (2000), nos anos 70 se desenrolaram dois fenômenos que se juntam à globalização e à revolução informacional para modificarem novamente o paradigma de organização da economia e do Estado então vigentes, trazendo à tona o Estado Regulador marcado pela diminuição de suas funções e pelo seu descrédito. São eles: as crises do petróleo e a crise do padrão monetário mundial, que se deram a partir do fim do padrão ouro adotado nos acordos de Bretton Woods.

É possível identificar duas importantes respostas a esses fatos. A primeira foi o processo de liberalização da economia mundial. Uma vez que os Estados encontravam-se em meio a crises fiscais que comprometeram severamente suas capacidades de investimento, era preciso se socorrer dos investimentos privados, nacionais ou estrangeiros, e para tanto foi dado cabo a uma desregulamentação, de revogações dos monopólios estatais e da

derrubada das barreiras protecionistas.

A outra foi a mudança da organização produtiva das sociedades empresárias. Com a quebra das barreiras alfandegárias e com o desenvolvimento vertiginoso dos transportes e das tecnologias de informação, foi facilitada a expansão das sociedades empresárias para atuarem em nível global. Desta forma, acirrou-se a concorrência, sendo necessário que as empresas encontrassem formas de ganho de eficiência. Nesse intuito, foi dada ênfase à racionalização da produção, que gerou um enorme processo de fusões, aquisições, incorporações, criação de *joint ventures*, formação de *holdings,* etc., para proporcionar ganhos com economias de escala.

As respostas que foram encontradas às crises da década de 70 trazem em seu âmago as principais bases do Estado Regulador. Essa ideia desembarcou no Brasil no início da década de 90, ganhando força no governo de Fernando Henrique Cardoso. É nesse período que o Estado abdica de suas funções de interventor direto na economia, levando a cabo políticas públicas de privatização e da quebra dos monopólios estatais, p. ex., no setor petrolífero foi editada a EC nº 9/95, que foi responsável pela quebra do monopólio da Petrobras nos setores de produção, exploração e refino de petróleo, e ainda deu-se cabo à abertura do capital da Petrobras. Entretanto, o Estado brasileiro não se retira completamente da economia, mas muda sua forma de intervenção, passando a se valer muito mais de instrumentos de regulação, sendo nesse contexto que surgem as Agências Reguladoras.

Importante também para essa mudança são as teorias econômicas da Escola de Chicago, que ganham força durante essas crises. Essa Escola, que tem como grande ícone o economista Milton Friedman, é responsável por trazer a doutrina liberal de volta ao centro das discussões. De acordo com essa doutrina, o Estado deveria abster-se de intervir na economia, pois em um mercado livre os agentes privados guiados pela mão invisível seriam levados a alocar os recursos disponíveis da forma mais eficiente possível, gerando assim a maximização das riquezas. Nesse sistema todas as necessidades da sociedade seriam atendidas na medida em que se equilibrariam a oferta e a procura. Qualquer ação do Estado nesse cenário incentivaria a ação dos particulares em determinada direção que não seria a mais eficiente, portanto, geraria distorções na economia e causando desequilíbrios sociais.

As práticas supracitadas constituem a base fundamental de cada paradigma político-econômico, contudo, não significa que sejam estanques. No paradigma do Estado Interventor também havia a prática da intervenção indireta, assim como no Estado Regulador há alguns monopólios estatais e empresas estatais, vide os Correios, ou seja, não se quer dizer que a intervenção regulatória venha simplesmente substituir a intervenção direta, mas sim que essas práticas acabam por se complementar, ainda que haja prevalência de uma sobre a outra.

Importante também ressaltar que as práticas de regulação hodiernamente praticadas diferem, em boa parte, da regulação tradicional do keynesianismo. Atualmente, conforme ensina ARAGÃO (2003), a regulação está mais pautada pela mediação e pela consensualidade do que pela ação coercitiva, diretiva e restritiva, contudo, não significa que houve um abandono dessas práticas, mas sim que elas perdem espaço e são complementares e não o elemento principal.

É nessa realidade que se fortalece o direito da concorrência em terras nacionais. Conforme aduz AGUILLAR (2006), só se pode observar o desenvolvimento do direito antitruste brasileiro a partir da década de 90, com a mudança do paradigma estatal, pois agora se valoriza a concorrência como meio fundamental para o correto funcionamento do mercado, levando ao melhor funcionamento dos serviços e do sistema de preços, ao contrário do que acontecia em período anterior, quando a concentração empresarial era vista como positiva para o desenvolvimento do país, pois esta era entendida como a melhor forma de possibilitar a concretização da política de substituição das importações levada a cabo pelos governos. As concentrações eram até incentivadas através da concessão de subsídios e, principalmente, através das fortes restrições alfandegárias às importações, o que acabava levando as empresas a se acomodarem com sua posição de monopolista alcançada de maneira artificial (pois com ajuda do governo e não em decorrência de seus esforços), o que levou à defasagem nas suas técnicas de produção e à imposição de preços que não condiziam com a qualidade dos produtos ou mesmo com o mecanismo de oferta e procura, gerando severos prejuízos para a população.

Com as reformas liberais o Estado perde o lugar de principal agente

do desenvolvimento econômico para a iniciativa privada, e assim a concorrência é alçada à condição de instrumento primordial na nova realidade, uma vez que a existência de um ambiente concorrencial e de uma mentalidade concorrencial é condição indispensável para a eficiente alocação de recursos no mercado.

4 BREVE ABORDAGEM SOBRE A DOUTRINA DA LAW AND ECONOMICS

O Direito romano-germânico é marcado pela tradição do positivismo jurídico, que se desenvolve no final do século XIX com a Escola da Exegese francesa, onde ficou emblemática a frase de Bugnet, professor da Universidade de Paris: "Eu não conheço o direito civil, pois só ensino o Código de Napoleão".

Obviamente que o juspositivismo não é uma doutrina homogênea, ao contrário, possui várias vertentes que se desenvolveram ao longo do tempo, mas mantém um núcleo central que não se modifica nas teorias dos diferentes juristas.

A mais importante delas é a ideia que o Direito deve ser identificado totalmente com as regras jurídicas postas pelo poder legislativo, ou seja, não cabem discussões acerca da existência de qualquer direito além do que está disposto no ordenamento jurídico. Em consequência desse entendimento, os juristas tratam o Direito como um sistema isolado de quaisquer influências de outros ramos do conhecimento.

No período após a II Guerra Mundial esse entendimento começa a ser modificado, surgindo na Alemanha o pós-positivismo, que é marcado pela valorização dos princípios jurídicos levando a uma reaproximação do Direito com a Ética e permitindo uma maior afluência de discussões relacionadas à filosofia ou à sociologia.

Nos EUA, surge a doutrina denominada de Law & Economics, que tem suas raízes ligadas justamente ao campo do direito antitruste e preconiza uma aproximação entre o Direito e a Economia. Esses dois campos do conhecimento são intimamente relacionados e se influenciam reciprocamente. Assim, o Direito é responsável por garantir os direitos de propriedade, por

garantir a segurança necessária para as transações comerciais entre os agentes privados, enfim, para estabelecer as regras necessárias para o correto funcionamento do mercado. Do outro lado, NUSDEO (2001) afirma que praticamente 95% das normas jurídicas possuem conteúdo econômico, destarte, a ordem jurídica sofre várias modificações conforme seja modificado o pensamento econômico vigente em um determinado momento histórico.

Tendo essa constatação como fundamento de seus estudos, a Law & Economics se utiliza de alguns conceitos econômicos para melhor entender e interpretar o ordenamento jurídico. PINHEIRO e SADDI (2005) informam as três premissas econômicas fundamentais para essa escola jurídica: a ideia da racionalidade, ou seja, o ser humano busca sempre o que lhe traz maior utilidade, o que é melhor para si; a segunda diz que as pessoas sempre reagem aos incentivos que lhe são dados, assim, uma redução nos tributos em um local pode atrair indústria para lá se instalarem; por último, a principal preocupação da ciência econômica que é o conceito de eficiência, ou maximização da riqueza, que diz que uma determinada situação deverá ser considerada eficiente a partir do momento que não puder aumentar os benefícios sem aumentar os custos.

Assim, vemos que a busca de eficiência é pedra angular para qualquer análise baseada na Law & Economics, o que leva a um aparente conflito com a busca da justiça, que é a marca das análises jurídicas, conforme adverte George Stigler:

> Enquanto a eficiência se constitui no problema fundamental dos economistas, a justiça é o tema que norteia os professores de Direito [...] é profunda a diferença entre uma disciplina que procura explicar a vida econômica (e, de fato, toda a ação racional) e outra que pretende alcançar a justiça como elemento regulador de todos os aspectos da conduta humana. Essa diferença, basicamente, que o economista e o advogado vivem em mundos diferentes e falam diferentes línguas. (STIGLER *apud* PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 4)

Apesar de serem aparentemente inconciliáveis, há dois elementos que devem ser analisados. Primeiramente, não é certo dizer que haja essa incompatibilidade excludente entre os dois critérios. É importante relembrar que o

Direito não pode mais ser visto como um sistema hermético, e que na sociedade atual a economia exerce grande influência sobre as mais variadas áreas, influenciando sobremaneira a produção legislativa. Portanto, é válido observar as contribuições que a Economia tem a dar à interpretação jurídica. Mas, como compatibilizar a justiça com o conceito de eficiência? Para tanto valemo-nos da brilhante explanação do professor SALAMA (2008) que assevera que eficiência pode ser entendida como ausência de desperdício, e a ausência de desperdício é frequentemente encarada como algo justo. Exemplo disso é quando alguém diz que é uma injustiça quando os mais abastados desperdiçam comida sendo que há milhões de pessoas pobres no mundo passando fome.

Além disso, é importante ressaltar que em momento algum se defende que a eficiência seja tomada como o único critério a ser utilizado na interpretação do Direito, mas deve ser mais um importante fator de ajuda ao jurista. Assim, não se quer dizer que os princípios constitucionais sejam deixados de lado ou que a justiça seja esquecida nos instrumentos de análise que o intérprete possui.

O direito antitruste liga-se sobremaneira ao conceito de eficiência. Na verdade, pode-se dizer que a evolução deste está intimamente relacionada com mudanças naquele ramo do direito. Portanto, partiremos agora para uma análise das diversas formas de eficiência que podemos encontrar historicamente até chegarmos ao conceito mais utilizado atualmente e de que maneira influencia na análise antitruste.

Vale ressaltar desde já que a evolução desse conceito não é marcada por uma evolução homogênea onde um novo significado vem para desmentir o outro. Pelo contrário, um determinado tipo de eficiência se sobressai em um momento histórico e serve como paradigma até que venha outro e se sobreponha a ele, sem invalidá-lo ou negá-lo, apenas predomina porque está mais ajustado às necessidades da sua realidade histórica.

5 EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE EFICIÊNCIA E O DIREITO ANTITRUSTE

O Sherman Act é resultado da conjuntura social-político-econômica dos EUA no final do século XIX. Sua promulgação foi resultado de um

conjunto de fatores, e não apenas de motivos econômicos ou como consequência de pressões de grupos organizados.

A estrutura da sociedade norte-americana do século XIX deita suas raízes nos ideais do povo que o colonizou. Como estes não tinham a intenção de retornar a seu país de origem, tiveram que desenvolver o comércio interno, o que resultou em uma grande valorização da iniciativa privada como forma de se alcançar o sucesso.

O ideal Jeffersoniano de democracia valorizava as pequenas empresas administradas por proprietários locais alinhados com os interesses, o desenvolvimento e o bem-estar da comunidade. A democracia se desenvolveria muito melhor em uma sociedade marcada por pequenos empresários, que dividiriam equivalentes parcelas de poder, garantido que não haveria privilégios e seria resguardada a igualdade de oportunidades. (ANA MARIA NUSDEO, 2002, p. 76)

Vê-se que a Lei Sherman veio como uma resposta do Congresso ao processo de monopolização pela qual estava passando a economia dos EUA após a revolução industrial.

Inicialmente, a legislação antitruste era extremamente rígida, proibindo qualquer forma de concentração empresarial. Ou seja, elas são consideradas ilícitas só pelo fato de ocorrerem mesmo que tragam benefícios econômicos ou sociais, é o que ficou conhecido como regra de *per se*.

Nos traz ótima explicação do que seria a *per se rule*: "A consideração de uma prática como um ato ilícito *per se* faz com que ela seja considerada em si mesma anticompetitiva, de sorte que não é necessário efetuar uma ponderação entre benefícios e prejuízos para a concorrência que dela adviriam" (AREEDA apud FORGIONI, 2005, p. 208).

Assim, aparentemente a economia não tem nenhuma ligação com o direito antitruste no seu surgimento e somente teria exercido influência a partir de meados da década de 1940, através da Escola de Harvard (SALGADO, 1997). Apesar disso, é importante observar que a relação entre concorrência e eficiência é tão forte e intrínseca que pode ser vista como um atributo daquela, e não necessariamente como um objetivo a ser buscado, como propõe a Escola de Chicago, destarte, as primeiras legislações antitruste sequer necessitariam apontá-la como objetivo explícito a ser buscado,

pois já seria um subproduto da concorrência.

O fato de se estar buscando manter uma conduta competitiva significa que se está tentando preservar a eficiência dos mercados. Em outros termos, de acordo com a teoria econômica, o livre mercado seria responsável por garantir a eficiência na alocação dos recursos, e a livre concorrência é pressuposto indispensável para o bom funcionamento do mercado, ou seja, a defesa da livre iniciativa e da livre concorrência leva à existência das condições adequadas para a eficiência econômica.

A forma de eficiência resultado da política antitruste da época é chamada de alocativa. É identificada usualmente como o ótimo de Pareto, pelo qual eficiente seria qualquer modificação na realidade econômica que coloque alguém em situação mais vantajosa sem trazer desvantagens pra outrem.

Esse conceito está vinculado à ideia de concorrência perfeita, que seria o ambiente onde vários competidores teriam uma dada participação na produção que não lhes permitiria influenciar nos preços do produto no mercado. Um exemplo seria o mercado agrícola, no qual milhões de pequenos agricultores produzem uma pequena quantidade do total ofertado no mercado, portanto, não possuem a capacidade de promover alterações nos preços (SAMUELSON; NORDHANS, 1993). Ou seja, é um modelo que prevê a atomização dos concorrentes, cada um constituindo em uma pequena parte incapaz de influenciar no todo do sistema ao qual pertencem.

Percebe-se que essa ideia alinha-se com o ideal Jeffersoniano de pequenos proprietários responsáveis por uma pequena parcela da produção e que possuam relevante poder político ou econômico. Portanto, conclui-se que o modelo da sociedade norte-americana do século XIX, que o *Sherman Act* tenta preservar, funda-se na ideia de concorrência perfeita e, em consequência, traz embutida a eficiência alocativa.

Em outros termos, buscava-se a estruturação da sociedade em um modelo em que vigesse a concorrência perfeita. Para tanto foi criada a legislação antitruste. O ideal de concorrência perfeita tem por fundamento a eficiência alocativa, destarte, ela é um subproduto desse modelo econômico. Assim, é possível asseverar que a Lei Sherman, ao proteger a concorrência atomística, estava garantindo também a eficiência dos mercados da maneira como era entendida à época.

Então, a defesa da concorrência *per se* era justificada na medida em que o modelo ideal é o da concorrência atomística, alicerçada na eficiência alocativa.

Contudo, essa postura era muito rígida e acabou sendo necessária à sua flexibilização para tornar viável a aplicação do direito concorrencial. Então foi criado o que FORGIONI (2005) denominou de "válvulas de escape", que são conceitos indeterminados que permitiriam uma margem de manobra aos juízes na determinação de quais atos de concentração seriam ilícitos. Surge a *rule of reason* (regra da razão) como o principal desses instrumentos. Com a aplicação dessa regra somente seriam ilícitas as práticas que causassem uma desarrazoada restrição ao comércio.

Salomão Filho (1998) ensina que essa regra envolve dois aspectos, um qualitativo e outro quantitativo. Para o primeiro, seria necessário que a restrição efetivamente causasse uma restrição na concorrência. O segundo aspecto diz que a restrição deve ser substancial. Essa é sua versão clássica, atualmente esse conceito evoluiu no sentido de adicionar o termo "injustificável", no lugar de "desarrazoada".

A aplicação desta "válvula de escape" foi condicionada nos EUA pelas análises econômicas. Assim o conceito de regra da razão vai evoluindo conforme as mudanças nas teorias econômicas prevalecentes. É possível citar duas principais correntes econômicas a influenciar a experiência antitruste americana, que seriam as teorias da Escola de Harvard e, posteriormente, a Escola de Chicago.

A Escola de Harvard surge em uma época em que os EUA passam por uma nova onda de concentração, e tem como base o paradigma estrutura-conduta-desempenho (e-c-d), que traz a ideia de que há uma ligação entre as estruturas de um mercado e o seu funcionamento, destarte, as condições básicas de oferta e de procura afetam a estrutura do mercado, que por sua vez afeta a conduta das empresas, e esta é responsável por seu desempenho no mercado (SALGADO, 1997).

Então, há uma grande valorização das estruturas dos mercados. Juntamente com esse entendimento veio o fim da crença no mercado de concorrência perfeita. Este seria muito mais utópico do que real, pois há uma série de falhas no mercado que impossibilitariam alcançar esse modelo ideal de mercado.

Portanto, o Estado seria responsável por dar cabo de políticas que garantissem a correção das imperfeições do mercado, promovendo o saneamento de estruturas de mercado que prejudicassem o desempenho das firmas e, como corolário, levassem a ineficiências na alocação dos recursos.

A partir da década de 1970 a eficiência ganha e se fortalece bastante na esteira das teorias da Escola de Chicago. Esta se caracteriza principalmente por uma forte crença no mercado ideal capaz de se autorregular da forma mais eficiente, e na forte repulsa à ação do governo na economia, pois seria, usualmente, gerador de ineficiências. Essas teorias marcam efetivamente a entrada das análises econômicas no direito concorrencial.

Um dos principais pontos dessa Escola é que a "dominação no mercado é um resultado da superioridade em eficiência, com o que a causalidade estrutura – desempenho do modelo e-c-d é invertida" (SALGADO, 1997, p. 38). A partir daí conclui-se que se em determinado mercado há uma forte preponderância de determinada empresa é porque ela seria mais eficiente que seus concorrentes, até porque "as firmas não podem obter ou elevar seu poder de mercado por meio de ação unilateral, a menos que, irracionalmente, prefiram substituir lucros por posição de mercado" (PONSER apud SALGADO, 1997, p. 39).

Aí entra a importância do que talvez seja o principal paradigma de Chicago, que é a maximização do bem-estar do consumidor (*consumer welfare*). Há dois aspectos nessa teoria que devem ser analisados: primeiramente, o consumidor, que é o principal agente no processo econômico, ou seja, as firmas estão condicionadas a buscar sempre ofertar o melhor produto, com os melhores preços para atraí-los. Assim, o comportamento racional das empresas é tentar ao máximo reduzir seus preços para se sobrepujar aos concorrentes na disputa pelos consumidores. A partir disso, e como segundo aspecto, decorre que quanto mais eficientes forem as empresas maiores serão os ganhos que os consumidores irão auferir.

Portanto, o direito concorrencial deve se preocupar unicamente com a maximização do bem-estar do consumidor, o que eleva o conceito de eficiência ao único critério que deve ser levado em conta nas análises antitruste.

Além da eficiência alocativa foi criado um novo conceito, o de eficiência produtiva, que está relacionado com o melhor uso dos recursos inter-

nos das empresas, isto é, diz respeito à produtividade das empresas.

A eficiência produtiva ganha importância com a globalização econômica, pois esta é responsável por promover uma grande mudança nas estruturas dos mercados, pois com a concorrência a nível global as empresas são levadas a empreender verdadeiras revoluções nos seus processos produtivos visando a integrar as fases produtivas, obter economias de escala, etc. (FARIA, 2000).

Uma das melhores formas das empresas ganharem em produtividade é através da expansão das suas atividades e, via de regra, a forma menos custosa de alcançar esse objetivo é por meio de concentrações.

Entretanto, há um potencial conflito entre os dois tipos de eficiência, cabendo ao direito antitruste ponderar as duas em cada caso particular, analisando qual deve se sobrepujar no caso concreto de forma a garantir a maximização dos benefícios sociais.

No Brasil, a Lei 8884/94 estabelece condições que precisam ser satisfeitas para o CADE autorizar os atos concentracionistas. O art. 54 dispõe em suas alíneas "a" e "c" que as concentrações que tenham por objetivo "aumentar a produtividade" ou "propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico". Isso significa claramente que a eficiência é critério determinante no direito concorrencial.

Como dito, não se pretende defender que o direito antitruste brasileiro tenha como único objetivo a busca da eficiência, contudo, espera-se ter mostrado de forma suficiente que as análises concorrenciais são altamente imbricadas com o conceito de eficiência, portanto, esse standard deve ser encarado como um importante critério a ser tomado em conta pelas autoridades antitruste.

6 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O DIREITO ANTITRUSTE

Com o pós-positivismo, a Constituição é valorizada e colocada no centro do sistema, substituindo o Código Civil que até então reinava soberano como principal condutor do sistema jurídico.

Nessa esteira, os princípios constitucionais ganham normatividade, tornando-se normas e passando a ser vinculantes. Além disso, são alçados à

categoria de principais padrões jurídicos, visto que teriam seu conteúdo determinado por uma conexão com a moralidade política da sociedade. Daí decorre que estão conectados com a realidade histórica que os cerca, ou seja, não têm um conteúdo único, mas sim variável conforme os padrões sociais, econômicos, políticos e culturais da sociedade. (DWORKIN, 2007)

Então, os princípios constitucionais são elevados a núcleo central do ordenamento jurídico e são responsáveis por influenciar todo ele. DWORKIN (2007) também assevera que os princípios moldariam o conteúdo das regras jurídicas, e isso seria possível em virtude da principal característica dos princípios, que é a sua dimensão de peso.

Isso quer dizer que para aplicá-los o intérprete tem de ponderar os pesos dos vários conjuntos de princípios que pendem em uma ou outra direção e decidir, no caso concreto, qual conjunto deve prevalecer, ou seja, aquele que possui a maior importância naquele caso, contudo, sem olvidar que mesmo os que não prevaleceram ainda exercem influência na decisão, somente não serão preponderantes.

Nessa esteira, a legislação antitruste não é exceção, logo, podemos deduzir que: o conteúdo dessa lei é moldado a partir da ponderação entre os princípios constitucionais e que eles também devem ser tomados em consideração no momento de aplicar essa legislação ao caso concreto. Portanto, além da eficiência e dos demais critérios expostos na lei, estes princípios também são importante fator nas análises antitruste.

Entre os princípios constitucionais a balizar o direito concorrencial podemos encontrar o princípio da livre iniciativa, o da livre concorrência, o da repressão ao abuso do poder econômico e o da maximização do bem-estar do consumidor.

A livre iniciativa está relacionada com a manutenção das possibilidades dos agentes privados ingressarem no exercício de atividade econômica. Surge vinculada aos ideais liberais que pregam a limitação do poder estatal, portanto, seria a garantia da não-intervenção do Estado no campo econômico. Assim, não poderia haver qualquer tipo de óbice do governo à entrada e exercício de atividade econômica pelos particulares.

GRAU (2000) assinala que a Constituição consagra outra dimensão deste princípio em seu art. 1°, IV, que é o valor social da livre iniciativa.

A principal base de uma sociedade capitalista é a propriedade privada e a possibilidade das pessoas empreenderem para crescerem dentro do sistema. Desta forma, a defesa da livre iniciativa permite às pessoas buscarem sua inserção na organização produtiva da comunidade, alinhando-se, então, ao princípio da valorização do trabalho.

Em outros termos, a livre iniciativa permite que os indivíduos busquem melhorar suas condições de vida através do próprio trabalho, e ainda traga benefícios à sociedade, pois, ao abrir um novo negócio, abrem-se novas oportunidades de emprego para mais pessoas, levando ao desenvolvimento do país.

Contudo, essa liberdade não pode ser apenas ficta, é necessário que seja real, ou seja, é pungente que os indivíduos tenham verdadeiramente a possibilidade de criarem um novo negócio que não esteja condenado à falência por ação de empresas monopolistas. Assim, de nada adianta que haja a consagração constitucional desse princípio se o direito antitruste olvidar completamente de sua aplicação e desconsiderar os prejuízos que as concentrações, mesmo que eficientes, possam lhe trazer.

Aí entra o princípio da livre concorrência que, na definição de ANA MARIA NUSDEO (2002, p. 234), "refere-se às possibilidades desses agentes de disputarem as preferências do consumidor no mercado e às medidas de salvaguarda a um tipo de mercado que o permita".

É um conceito instrumental à livre concorrência, pois é o responsável por trazer os meios adequados para garantir as possibilidades de exercício daquele, contudo, possui conteúdo diferente, identificando-se com a liberdade dos agentes privados de buscarem clientes no mercado.

A concorrência é fundamental em uma economia de mercado como a brasileira, pois na ausência de intervenção estatal, este é o principal instrumento a guiar a um equilíbrio no mercado com a expectativa de se alcançar o menor preço dos produtos; enfim, a concorrência é o principal regulador das condutas na economia de mercado.

Por ser um princípio, seu conteúdo não é imutável, assim varia de acordo com o período histórico. Isso significa que o ideal de livre concorrência do século XVIII, que se baseava na concorrência atomizada, não mais se adequa aos tempos da globalização, que exige que haja grandes

empresas aptas a sobreviver no mercado internacional.

Outro ponto trazido por ANA MARIA NUSDEO (2002) é que a CF/88 coloca esse princípio como o fundamento do direito antitruste, ao contrário das anteriores, que traziam sempre o princípio da repressão ao abuso do poder econômico. Esse fato tem uma grande importância, pois essa mudança representa o fim do direito antitruste com caráter penal sempre com ação repressiva e *a posteriori,* e o surgimento do paradigma do direito econômico, permitindo o surgimento de mecanismos de caráter regulador e permitindo a ação *a priori* do governo. É a partir daí que ganha relevância a dimensão do direito concorrencial estudada nesse trabalho, que é o controle das estruturas, que tem caráter preventivo.

Apesar de o princípio ao abuso de poder econômico ter perdido seu caráter central na matéria, ainda continua sendo importante, destarte, deve ser analisado aqui.

Ele relaciona-se, como o próprio nome diz, ao poder econômico que os agentes privados podem alcançar dentro do mercado, principalmente aqueles que detenham posições de maior destaque. Ter poder significa que é possível influenciar, assim, quando alguém possui um poder desproporcional no mercado é crível que irá abusar dele e que assim aufira vantagem prejudicando os demais concorrentes.

Portanto, se a existência de poder econômico é inevitável em um sistema marcado pela concorrência imperfeita, a CF/88 estabelece que seu abuso não será permitido e, portanto, cabe às autoridades antitruste vigiarem o mercado para coibir as abusivas que caracterizem uma concorrência desleal.

Por último, o princípio da maximização do bem-estar do consumidor é uma extensão do princípio da defesa do consumidor.

No direito antitruste, a defesa do consumidor "diz respeito aos preços dos produtos e serviços, ao seu acesso a alternativas de escolha e demais benefícios decorrentes de um mercado competitivo" (ANA MARIA NUSDEO, 2002, p. 246).

Decerto, é um dos principais pontos para análise nessa matéria. A Escola de Chicago utiliza esse como único foco do direito concorrencial; assim, as autoridades devem se preocupar sempre em analisar se o ato sob análise trará benefícios ao consumidor em termos de melhores preços ou

qualidade nos produtos.

Nessa perspectiva, imbrica-se com a ideia de eficiência, pois uma fusão empresarial pode levar a melhores condições competitivas da empresa no mercado, em virtude da obtenção de economias de escala, de aperfeiçoamento do processo produtivo, da agregação entre diferentes fases da produção, enfim, em decorrência de ganhos de eficiência produtiva. E isso possibilitará à empresa oferecer produtos em preços menores aos consumidores; portanto, esse ganho de eficiência seria repassado ao consumidor, maximizando o seu bem-estar.

Em resumo, esses são os mais importantes princípios constitucionais, que se juntam ao fundamental princípio da eficiência para balizar a ação das autoridades antitruste em sua missão de manter um ambiente competitivo no país.

É sabido que essa disciplina ganhou maior relevo recentemente no país, e que ainda não temos aqui uma mentalidade concorrencial, pois vivemos durante séculos uma economia fundada na ação estatal e em privilégios conseguidos por alguns grupos de poder organizados que recebiam proteção do Estado, prejudicando os demais concorrentes e os consumidores. Mas, a partir da lei 8884/95 e do respeito aos princípios constitucionais que garantem a livre concorrência, espera-se o desenvolvimento do direito antitruste que, com certeza, trará muitos benefícios ao país em sua busca para se desenvolver e criar uma sociedade livre e igualitária.

7 CONCLUSÃO

Ao longo do trabalho foi possível observar que o Direito não pode mais ser tratado como uma disciplina hermética, que deve estar livre de quaisquer influências de outras áreas do conhecimento, como pretendia o positivismo jurídico.

É preciso que haja uma aproximação com outras disciplinas, e no caso específico do direito antitruste a Economia é um ponto de apoio fundamental para o jurista. A partir de meados do século passado, ela se fez presente, de vez, nas análises concorrenciais e deve servir como um suporte indispensável aos juristas.

Dentro desse contexto, o critério da eficiência, que é usado como critério para o direito concorrencial norte-americano, ganhou em importância e se expandiu para o Brasil. Assim, foi acolhido pela legislação brasileira e talvez seja o principal instrumento do qual podem se servir os aplicadores do direito antitruste.

É certo que ainda sofre reservas por certa parte da doutrina, pois argumentam que sua utilização consistiria numa fuga à ideia de justiça, mas espera-se ter demonstrado que nada mais falso, visto que não só a eficiência é compatível com o conceito de justiça, no sentido de se considerar injusto o desperdício, como de maneira alguma pretende-se defender a posição radical de que somente ela deve servir como objetivo a ser buscado no direito concorrencial.

Pelo contrário, é indiscutível a importância que os princípios constitucionais alcançam na moderna teoria constitucionalista, e por isso eles também devem ser usados como critérios inarredáveis desse ramo jurídico.

Contudo, sua própria forma de aplicação, a ponderação, permite que sejam aplicados conjuntamente com o critério da eficiência, ou seja, eles não são excludentes, ao contrário, são complementares, e o jurista somente poderá compreender a real dimensão do direito antitruste na medida em que tenha em mente todos esses instrumentos e objetivos do seu objeto de estudo.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico**: do direito nacional ao direito supranacional. São Paulo: Atlas, 2006.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2000.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica**: o controle da concentração de empresas. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. 3. ed. São Paulo: RT, 2001.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

SALAMA, Bruno. **Entrevista com Bruno Salama**. Disponível em: <http://www.ordemlivre.org/node/136>. Acesso em: 12 nov. 2008.

SALGADO, Lucia Helena. **A economia política da ação antitruste**. São Paulo: Singular, 1997.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. São Paulo: Malheiros, 1998.

SAMUELSON, Paul A; NORDHANS, William D. **Economia**. 14. ed. Lisboa: Mc Graw-Hill, 1993.

Correspondência | Correspondence:

Otacílio dos Santos Silveira Neto
Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, Campus Universitário, s/n, CCSA, Sala 14, Lagoa Nova, CEP 59.072-970. Natal, RN, Brasil.
Email: otaciliosneto@yahoo.com.br

Recebido: 30/11/2008.
Aprovado: 03/02/2009.